image
not
available

Digitized by Google

Jur. is.
146
n

Digitized by Google

Jur. is.
146 n

Puchta

Digitized by Google

Digitized by Google

Jur. is.
146

Kritik

[illegible]

Volksrecht und Juristenrecht.

G. F. Puchta.

[illegible]

Berlin,
[illegible]
1841

Jur. is. 46 2

Puchta

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Kritik

von

Georg Beseler's

Volksrecht und Juristenrecht.

Von

G. F. Puchta.

Aus den Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik besonders abgedruckt.

Berlin,
bei Wilhelm Besser.
1844.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

Volksrecht und Juristenrecht. Von D. Georg Beseler, Geh. Justizr. und Prof. zu Greifswald. Leipzig, 1843. *Weidmann'sche Buchhandlung. VI u.* 364 S. 8.

Wenn irgendwo, so ist bei der Beurtheilung von Büchern über allgemeine Fragen nöthig, auf die Geschichte der Theorie zurückzugehen, um zu finden, ob die Ansicht der Verfasser einen Fortschritt der Entwickelung enthält. Die Continuität mit dem letzten Moment dieser Geschichte garantirt noch nicht einen positiven Gewinn, denn sie schliefst die Möglichkeit einer Abbeugung von dem rechten Weg nicht aus, umgekehrt kann das Zurückgehen auf einen früheren Standpunct einen wahren Fortschritt in sich tragen, wenn der letzte Versuch eine solche Abirrung war. Aber es geschieht auch nicht selten gerade bei jenen Fragen, dafs unter dem Gewand einer neuen Ansicht die Unvollkommenheit eines früheren Stadiums der Theorie sich wiederholt, oder von einem in der Vergangenheit liegenden Moment aus ein damals vermiedener Abweg versucht, und so ein Irrthum geboren wird, über dessen Möglichkeit die Fortgeschrittenen hinaus zu sein glaubten.

Digitized by Google

Bei der vor uns liegenden Schrift handelt es sich von der Entstehung und Fortbildung des Rechts, und von dem unmittelbaren oder mittelbaren Antheil, den Volk, Gesetzgebung, Wissenschaft daran haben.

Unsere Betrachtung wird sich in zwei Theile zerlegen, den vorbereitenden, der jene Darlegung der bisherigen Ansichten, so weit sie für unseren Zweck erforderlich ist, enthalten soll, sodann die Vergleichung der Meinungen des Verfassers damit, nach ihrem theoretischen und praktischen Gehalt.

Die Epoche der deutschen Jurisprudenz, die man nachher mit dem Namen der historischen Schule bezeichnet hat, fand eine Theorie des Rechts vor, in welcher der Staat von seiner natürlichen Grundlage, der Nation, emancipirt und zu einem rein willkührlichen, mechanischen Gebilde gemacht worden war. Das Recht wurde allein auf die gesetzgebende Gewalt zurückgeführt; was sich aufserdem noch als rechtserzeugende Kraft aufdrang, — und man hätte die Augen gewaltsam verschliefsen müssen, um nicht zu sehen, dafs es aller Orten Rechtssätze giebt, die ohne promulgirt zu sein gelten, — das wufste man mit der Gesetzgebung in Verbindung zu bringen, als ein mittelbares Product derselben aufzufassen, und so die Alleinherrschaft des gesetzlichen Rechts, allenfalls mit Hülfe der Eintheilung in geschriebene und ungeschriebene Gesetze aufrecht zu erhalten. Die Anfänge dieser Theorie liegen sehr weit zurück, sie ist die Theorie der bei der äufseren Erscheinung stehen bleibenden Vorstellung, die in Deutschland durch die Existenz eines umfassenden geschriebenen Rechts, wie es im

Digitized by Google

corpus iuris civilis und canonici gegeben war, begünstigt wurde; ihre wissenschaftliche Ausbildung wurde unmittelbar vor dem Eintritt der sie bekämpfenden Richtungen vollendet.

Von diesen letzteren bedürfen die Versuche, dem Staat ohne Rücksicht auf seine natürliche Grundlage, also in so weit auf dem Standpunct der älteren Theorie, durch seine unmittelbare Verbindung mit dem göttlichen Willen ein inneres Leben zu verschaffen, hier keiner weiteren Erwähnung.

Einen andern Weg schlug die historische Schule ein. Sie ging auf den Begriff des Nationellen zurück, und erkannte in diesem den natürlichen Grund des Rechts und des Staats. Die rechtserzeugende Kraft war ihr der Geist des Volks, woraus auch die Gesetzgebung den Inhalt ihrer Aussprüche schöpft. Die Gesetzgebung trat aus der Stellung einer ursprünglichen in die einer abgeleiteten Quelle des Rechts, welche andere gleichmäfsig, ja zum Theil noch früher zur Thätigkeit berufene neben sich anzuerkennen hat. Verlor die Gesetzgebung dadurch an Ansehen, Macht und innerer Würde? Es konnte den Anschein haben, und die nachdrückliche Hervorhebung der unterdrückten Wahrheit, wie es die Bestreitung eines verjährten und viel verzweigten Irrthums mit sich bringt, mochte eine solche Meinung vorübergehend entschuldbar machen. In der That aber konnte die neue Ansicht nur die Wirkung haben, diese Rechtsquelle selbst innerlich zu festigen und zu heben, oder wenn diese Wirkung auszubleiben schien, hatte wenigstens die Ansicht selbst keine Schuld.

Das läfst sich wohl behaupten, dafs der berühmte Verfasser des Berufs unserer Zeit manchen Mifsver-

Digitized by Google

ständnissen, absichtlichen und zufälligen, würde zuvorgekommen sein, wenn er das Nicht*sollen* der Codification ausschliefslicher hervorgehoben hätte, mochte er es übrigens so nachdrücklich und schonungslos, wie er nur wollte, darthun. Nicht zu *können* war ein unverzeihlicher Vorwurf, und rifs in jedem, der irgend einmal durch ein Examen gefallen oder sonst mit solchen Anforderungen in Collision gekommen war, schmerzliche Wunden wieder auf. Auch war die Kritik der Gesetzgeber, die ihre Gesetzbücher wie Lehrbücher und Systeme angefertigt hatten, und die Welt mit ihnen nicht blofs regieren, sondern auch unterrichten und wie über wissenschaftliche Entdeckungen in Erstaunen setzen wollten, zu gerecht, um nicht verletzend zu sein.

Vor allem nun brachte die neue Auffassung der Sache die beiden Rechte, das gesetzliche und das mit dem Namen des Gewohnheitsrecht bezeichnete, in ihr richtiges Verhältnifs. Sie führte das letztere auf sein wahres Fundament zurück.

Die Thatsache, auf deren wissenschaftliche Erklärung es ankam, war diese. Ein Satz ist fortwährend als Rechtssatz angesehen und angewendet worden, entweder in den richterlichen Entscheidungen oder auch durch freiwilligen Gehorsam gegen das darin enthaltene Gebot. Dieses Herkommen, diese Gewohnheit soll eine Autorität haben; wie es bisher in solchen Fällen gehalten wurde, so soll es auch ferner gehalten werden. Worauf gründet sich diese Autorität? Man sieht, dafs von der richtigen Antwort auf diese Frage auch die richtige Bestimmung des Mafses dieser Autorität abhängt.

Viele knüpften die Thatsache an das Institut der

Digitized by Google

Verjährung. Sie glaubten, wie Rechte durch eine lange fortgesetzte Ausübung erworben, wie sie durch Nichtausübung verloren werden können, eben so gut könnten Rechtssätze per consuetudinem entstehen, per desuetudinem untergehen. Es konnte aber auf die Länge nicht verborgen bleiben, dafs damit nichts erklärt, und kein praktischer Mafsstab für die Gränzen jener Autorität zu gewinnen war. Der Verjährung liegt der Gedanke zu Grunde, dafs die Dauer des factischen Zustandes die Unvollkommenheit oder, was im Resultat auf dasselbe hinausläuft, die Unerweislichkeit der rechtmäfsigen Entstehung ersetzen soll. Wollte man dies auf Rechtssätze anwenden, so war man dadurch nicht der Frage überhoben, welches denn die eigentliche Entstehung des Rechtssatzes sei, die oder deren Nachweisung durch das Herkommen ergänzt oder ersetzt werden soll. Ferner aber hat die Verjährung die Wirkung, dafs mit ihrem Ablauf nicht etwa blofs eine Vermuthung für oder wider das Dasein des Rechts entsteht, die noch immer den Beweis des Gegentheils zuliefse, sondern dafs es schlechterdings und durch die Verjährung selbst erworben oder verloren ist, und diese verstärkte Wirkung, welche nothwendig wird, um die wohlthätigen Zwecke des Instituts vollkommen zu erreichen, hat hier, wo es sich um einzelne Rechtsbefugnisse handelt, kein Bedenken. Es widerspricht der Gerechtigkeit nicht, dafs Rechte, die der Einzelne durch ein Rechtsgeschäft willkührlich aufgeben kann, ihm auch durch eine andauernde Versäumnifs verloren gehen sollen. Ganz anders, wenn wir dieses Recht der Verjährung auf Rechtssätze anzuwenden hätten. Würde hier in derselben Art die lange Uebung den Rechtssatz erzeu-

Digitized by Google

gen, ohne dafs man ihn weiter nach seiner Herkunft fragen dürfte, so würden wir der Thätigkeit oder Unthätigkeit der Einzelnen, in deren Acten eben die Gewohnheit besteht, eine weit über sie hinausreichende Wirkung zuerkennen, und wir kämen, möchten wir übrigens auch diese Verjährung durch allerlei gehäufte Erfordernisse sehr erschweren, doch immer zu dem unsinnigen Resultat, dafs eine kleinere oder gröfsere Anzahl einzelner Privatpersonen einem ganzen Volk durch eine gröfsere oder kleinere Anzahl von Handlungen, die sie in einer gewissen Richtung vorgenommen hätten, Gesetze vorschrieben.

Wenig wäre gewonnen, wenn man diese Rechtsentstehung dadurch stützen wollte, dafs man sie auf den Gesetzgeber zurückführte, der statt die Rechtssätze pflichtmäfsig selbst zu erwägen und in verfassungsmäfsiger Weise zu promulgiren, sein Amt auf jene unordentliche und unzuverläfsige Weise von Andern verwalten liefse. Ein solcher Gesetzgeber verdiente als ein gewissenloser Haushalter von seinem Amt entfernt zu werden.

Auf dem Weg nach dem innern Grund der Autorität des Herkommens kam man zur Autonomie, einer Art von untergeordneter Gesetzgebung, die von Corporationen in ihren inneren Angelegenheiten, und zum Theil auch von Behörden in Dingen ihres Berufs, so weit die Anordnung gewisser Puncte ihrem eigenen Ermessen überlassen ist, ausgeübt wird. Wie vermöge dieser autonomischen Befugnifs ausdrückliche Festsetzungen, Statuten, gemacht werden können, so läfst sich auch ein stillschweigendes Uebereinkommen denken, welches sich in der Uebung (Observanz) ausspricht, und dessen Existenz durch das Herkommen,

Digitized by Google

die Gewohnheit sich nachweisen läfst. Es giebt nun in der That ein solches Herkommen, aber es fragt sich, ob alles Gewohnheitsrecht sich auf dieses Princip zurückführen läfst? Viele haben dies geglaubt; das ganze Volk betrachteten sie als eine solche (von dem Staat noch unterschiedene) Corporation, welche durch eine stillschweigende Uebereinkunft Recht setze und in der Gewohnheit zur Erscheinung bringe, und wie bei der Volksgewohnheit, so stehe auch bei der eines einzelnen Stammes oder Orts eine Corporation im Hintergrund, deren stillschweigende Beschlüsse in der Provinzial- und Ortsgewohnheit zu erkennen seien. Wie wir nun vorhin bei einer andern Theorie es unbegreiflich gefunden haben, dafs ein Gesetzgeber, um seinen Willen kund zu thun, daneben noch die Gewohnheit einzelner Unterthanen nöthig finden sollte, um stillschweigende Gesetze zu erlassen, so müssen wir hier von dem Standpunct des Volks aus es für widersinnig erklären, dafs dieses neben seinem Gesetzgeber, der ja zum Ausspruch des Willens der Gesammtheit berufen ist, noch ein anderes Organ für die Gesetzgebung habe, dafs mit einem Wort in einem Staat zwei von einander verschiedene Gesetzgeber existiren. Das Dasein einer solchen Corporation, die das Volk noch aufser dem Staate bildete, ist eine reine Erdichtung. Und was das particuläre Herkommen anlangt, so kann es allerdings von einer Corporation als autonomisches Recht ausgehen, aber dies ist der kleinste Theil des in der Gewohnheit erscheinenden Rechts; zum gröfsten Theil geht es nicht von einer Corporation als solcher, sondern von einer natürlichen Gesammtheit aus, die allein und nicht die ihr etwa gegebene Form der Corporation das Subject

Digitized by Google

des Rechtsbewufstseins ist, um das es sich bei der Gewohnheit handelt.

Die Zurückführung des Gewohnheitsrechts auf den der Nation eingebornen Rechtssinn, auf die unmittelbare Volksüberzeugung, die sich in den Gliedern des Volks und ihrem Rechtsleben manifestirt, ist der Schritt, den die historische Schule in der Theorie der Entstehung des Rechts gethan hat. Darauf also (abgesehen von den wenigen Fällen, wo das Herkommen unter den Begriff einer Observanz fällt) und allein darauf beruht die Autorität der Gewohnheit für die Erkenntnifs des Rechts, dafs sich in den Acten, die sie bilden, eine gemeinsame nationelle Ueberzeugung (sei es des gesammten Volks oder einer natürlichen Abzweigung desselben) kund giebt und daraus erkannt werden kann. Die Gewohnheit macht das Recht nicht, sie läfst es nur erkennen. Es ist der Wille nicht eines künstlichen, sondern eines natürlichen Ganzen, auf den es ankommt, und darum auch nicht ein Beschlufs oder Vertrag, sondern eine auf unsichtbaren Wegen sich bildende Einheit der Ueberzeugung, welche die Glieder jenes Ganzen als solche verbindet.

So hat Savigny in seinem System das Recht überhaupt, wegen seines nationellen Charakters, als Volksrecht bezeichnet, und in einem vorzüglichen Sinn das Gewohnheitsrecht, insofern bei diesem die Nationalität des Rechts am unmittelbarsten sich herausstellt. Aber in der That hat auch das gesetzliche nicht ein gegen diese Natur des Rechts unabhängiges Dasein, und er nennt mit Grund auch die Gesetzgebung ein Organ des Volksrechts, so gut es bei dem Gewohnheitsrecht die Glieder der Nation in dieser ihrer unmittelbaren Eigenschaft sind.

Digitized by Google

Eine eigenthümliche Form der Gewohnheit stellt sich uns dar, bei welcher die Frage entsteht, ob ihr eine besondere, von jenem Gewohnheits- oder Volksrecht verschiedene Bedeutung zukommt. Dies ist die Erscheinung in der Thätigkeit derjenigen Glieder des Volks, die einen besonderen Beruf für die Anwendung des Rechts haben, einer Thätigkeit, die theils in der Mittheilung der Kenntnifs des Rechts überhaupt und für specielle Fälle, theils in der richterlichen Entscheidung der Rechtsfälle besteht. Man nennt die Gewohnheit, welche durch richterliche Entscheidungen gebildet wird, den Gerichtsgebrauch; ein etwas allgemeinerer Name ist Praxis, die überhaupt die Anwendung des Rechts auf einzelne Fälle, also aufser dem Gerichtsgebrauch noch die Thätigkeit des Respondenten begreift. Um die gesammte Thätigkeit jener Personen zu umfassen, habe ich das in ihr zur Erscheinung kommende Recht das Juristenrecht genannt, ein Name, welchem seitdem das Bürgerrecht verliehen worden ist.

Dafs die Ansichten der Personen, welche die Rechtskenntnifs zu ihrem besonderen Lebensberufe machen, mit der Absicht, nicht blofs für ihren eigenen Rechtsverkehr, sondern auch für Andere davon Gebrauch zu machen, einen vorzüglichen Einfluſs auf die Praxis des Rechts gewinnen, ist etwas so sehr in der Natur der Sache selbst liegendes, dafs dieser Einfluſs gar nicht von besonderen Verhältnissen, auch nicht von der Bildung der Gerichte abhängt. So finden wir ihn in Rom, wo die Gerichte keineswegs mit Juristen, sondern mit gewöhnlichen Bürgern besetzt waren, eben so wie in der Gegenwart, wo man für das Richteramt die Eigenschaft eines Juristen voraussetzt.

Wir haben aber diesen Einfluſs der Juristen nicht

Digitized by Google

als eine historische Thatsache, sondern als ein praktisches Moment für die Anwendung des Rechts und die ihr vorausgehende Erkenntnifs desselben zu betrachten. Unsere Frage ist: welchen Einflufs soll der Richter, und unter welchen Bedingungen soll er ihn den Ansichten der Autoren und der bisherigen Entscheidungsweise solcher Rechtsfälle, wie ihm jetzt einer vorliegt, auf sein Urtheil gestatten? Dies wird von dem Grund, auf dem die Autorität dieser Manifestationen des Rechts beruht, abhängen.

Im Mittelalter nahm man ohne Weiteres an, die communis opinio doctorum habe eine unverbrüchliche Autorität für den Richter, ohne sich weiter viel um den Grund der Sache zu bekümmern. Wenn nun aber die Frage entstand, wann denn eine solche gemeine Meinung existire, so gab man die wunderlichsten Antworten, z. B. das sei communis opinio, worin Accursius und Bartolus mit einander übereinstimmten, wo dies nicht entscheide, mache die Meinung von zehn bewährten Autoren communem opinionem, und wenn man etwa auf beiden Seiten zehn solche Doctoren allegire, so solle das Alter der streitenden Autoren entscheiden. Diese Thorheiten wurden später allgemein verworfen, aber nur um statt der communis opinio einen andern Götzen in dem usus fori aufzurichten, dem man eine ganz eben so unvernünftige und abergläubische Verehrung erwies, indem man den Richter verpflichten wollte, eine Ansicht blofs darum zu befolgen, weil in den Gerichten des Landes, oder wenigstens in diesem Gericht bisher darnach entschieden worden sei. Allenfalls wurde die nöthige Stabilität des Rechtsprechens als Grund dafür angeführt, nur Schade, dafs diese Stabilität der Geistesträgheit, ja dem geistigen

Digitized by Google

Tod so ähnlich sah, wie ein Ei dem andern. Einige setzten diesem Unwesen die Krone dadurch auf, dafs sie den Präjudicien der Obergerichte sogar eine verbindliche Kraft für die ihnen untergebenen Untergerichte zuschrieben, d. h. wenn man die Sache beim rechten Namen nennen wollte, man setzte die Unterrichter in solchen Fällen zu blofsen Urtheilern über das Factum, zu Geschworenen herab, wovon freilich die Gerichtsverfassung kein Wort enthält.

Was gewann man mit dieser Theorie, wenn man sie so nennen darf? Entweder jene Exilirung jedes geistigen Fortschritts aus den Gerichten, oder wenn dieses nicht gelang, einen permanenten Kriegsstand zwischen den älteren und jüngeren Mitgliedern des Gerichts, in dem es nicht fehlen konnte, dafs der Sieg doch wohl auch den Neuerern blieb, und das vielleicht nicht selten in solchen Fällen, wo eine gesunde Theorie dem bisherigen Usus wirklich eine bindende Autorität zugestanden hätte, die aber von jener unbedingten und absoluten Meinung in eine ununterschiedene Masse mit den Fällen, wofür sie vernünftig sich nicht behaupten läfst, zusammengeworfen wurden.

Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn wir, dem Grund dieser Autoritäten nachgehend, finden, dafs gemeine Meinung und Gerichtsgebrauch, wie Gewohnheit überhaupt, mögliche Manifestationen eines Gewohnheitsrechts, also einer nationellen Rechtsansicht sind, die sich in der Thätigkeit dieser Glieder des Volks, als natürlicher Repräsentanten desselben in ihrem Beruf, kundmacht. Sollen daher gemeine Meinung und Praxis eine Autorität haben, so müssen sie von der Beschaffenheit sein, dafs aus ihnen auf die Existenz eines in der nationellen Ueberzeugung ge-

Digitized by Google

gründeten Rechtssatzes geschlossen werden kann; dies ist der Grund jener Autorität und ihre Voraussetzung. Wie aber rechtfertigt sich diese Identificirung des Juristenrechts mit dem Gewohnheitsrecht?

Vor allem ist gewifs, dafs eine gemeinsame Volksüberzeugung nicht nothwendig eine actuelle Ueberzeugung aller einzelnen Glieder des Volks ist. Wir werden nicht blofs diejenigen aufser Ansatz lassen müssen, die überall gar keine Ueberzeugung haben, wie Kinder und Wahnsinnige, so wie die, welche mit ihren Sinnen und Gedanken sich wenigstens von allen öffentlichen Dingen in ein individuelles Pathmos irgend einer Art zurückziehn, sondern auch die, deren Beruf sie der Klasse von Verhältnissen, deren Recht in Frage ist, entweder total entfremdet, so dafs sie vielleicht kaum ihre Existenz kennen, oder wenigstens so fern hält, dafs sich ihnen dieselben nie als Object eines Urtheils dargeboten haben. Wenn von einer gemeinsamen Ueberzeugung über das Recht der Wechsel die Rede ist, werden wir nicht erwarten, diese Ueberzeugung bei Bauern zu finden, wegen des Rechts der Gränzscheidung und der Weideservitut werden wir nicht bei dem Bankier nachfragen. Aber auch unter denen, in welchen wir eine actuelle Ueberzeugung über den fraglichen Rechtssatz im allgemeinen voraussetzen dürfen, unter den actuellen Trägern der Volksüberzeugung werden wir eine ausgezeichnete Stelle denen einräumen, deren Verhältnisse sie mehr als andere mit den Rechtsfragen überhaupt oder einer gewissen Art in Berührung bringen (ohne damit der Möglichkeit vorzugreifen, dafs diese Berührung von der Beschaffenheit sein kann, dafs das individuelle Interesse vielleicht die reine Reflexion der gemeinsamen Ueberzeu-

Digitized by Google

gung in ihrem Geiste stört), wir werden z. B. nicht in allen wechselfähigen Personen gleicher Geistesgaben die gleiche Stärke und den gleichen Umfang des Bewufstseins von dem Recht des Wechsels voraussetzen. Die am häufigsten und mannigfachsten in diesen Dingen sich Bewegenden werden wir bei der Frage der gemeinsamen Volksüberzeugung als die natürlichen Repräsentanten der ganzen Klasse hervorheben. In allen diesen Puncten sind wir gewifs noch nicht aus der Sphäre der unmittelbaren Volksüberzeugung, des Gewohnheitsrechts, oder wenn man will des Volksrechts in diesem vorzüglicheren Sinn herausgetreten. Denken wir uns ferner Gerichte mit Personen besetzt, die dieses Amt nicht zu ihrem ausschliefslichen Beruf gemacht haben, so wird die Ansicht dieser, wenn sie öfter zu dieser Thätigkeit berufen waren, z. B. der Kaufleute, die als Beisitzer von Handelsgerichten fungirt haben, über eine Rechtsfrage dieser Art ceteris paribus eine vorzügliche Geltung bei uns haben, ohne dafs wir darum noch auf etwas anderes, als auf Constatirung einer Volksüberzeugung ausgehen. So haben wir uns z. B. den Verfasser des Sachsenspiegels zu denken, der ohne Zweifel theils durch seine allgemeinen Geistesgaben, theils durch seine vielfache Beschäftigung als Schöffe die Eigenschaft eines natürlichen Vertreters seines Volks erhielt, und durch den Erfolg der Aufzeichnung seiner Erfahrungen, zu der er sich entschlofs, als solcher bewährt ward. Verwandeln wir nun in Gedanken diese Urtheiler und Richter, von denen die Rede war, in solche, die mit diesem Amt keinen andern Beruf verbinden, setzen wir hinzu, dafs sie eine theoretische Vorbereitung für ihren Beruf erhalten haben, haben sie dadurch aufge-

Digitized by Google

hört, die Fähigkeit jener Repräsentation zu besitzen? und sind wir, wenn wir auf die übereinstimmenden Ansichten dieser Juristen und auf ihre Urtheile als auf eine Autorität blicken, plötzlich und zwar unter allen Umständen aus dem Bereich der unmittelbaren Volksüberzeugung herausgetreten, so dafs keine Möglichkeit mehr bliebe, diese Juristen in ihrer Berufsthätigkeit als Glieder ihres Volks, nur eben als die rechtsverständigsten und durch ihren Beruf zu jener natürlichen Repräsentation am meisten geeigneten zu betrachten? Gewifs nicht. Hätte die Jurisprudenz je diesen Erfolg der Entnationalisirung gehabt, so wäre sie selbst sicher der unschuldige Theil gewesen, die Schuld an einem solchen, übrigens natürlich nur partiell denkbaren Resultat, hätte nicht das Studium, sondern ein verkehrtes getragen. Von der andern Seite wäre es kein Volk, sondern ein Pöbel zu nennen, bei dem der Gelehrte um dieser Eigenschaft willen die Volksthümlichkeit verlieren, als ein fremdes Element ausgeschieden werden würde.

Soweit liefs sich die Theorie der Rechtsentstehung von dem Standpunct der historischen Schule feststellen. Sie gelangt von der Anknüpfung des Rechts an die Nation zu den zwei Rechtsquellen, die mit der äufseren Autorität des (unmittelbaren oder mittelbaren) Volkswillens versehen sind: unmittelbare Volksüberzeugung und Gesetzgebung. Man hat versucht, jenes Juristenrecht als ein drittes hinzustellen, unter der Form, dafs der Juristenstand an die Stelle des Volks trete, das Juristenrecht also nur in dem Sinn als Volksrecht gelten könne, wie auch das gesetzliche. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich aus der so eben gegebenen Ausführung, in der wir gese-

Digitized by Google

hen haben, dafs zwischen dem unmittelbaren Volksbewufstsein und jenem Juristenrecht kein qualitativer Unterschied zu machen ist, und dies wird bestätigt, wenn wir dieses Verhältnifs mit dem der Gesetzgebung vergleichen. Ein Rechtssatz gilt nicht darum, dafs er Ueberzeugung des Juristenstandes, sondern darum, dafs diese Ueberzeugung Volksüberzeugung ist. Ein Gesetz dagegen gilt, weil es vom Gesetzgeber promulgirt ist; es wird erwartet, dafs es dem wirklichen Nationalwillen entspreche, aber seine Gültigkeit hängt nicht von einer Untersuchung dieser Voraussetzung ab; der Gesetzgeber ist allerdings auch als natürlicher Repräsentant seines Volks zu betrachten, aber zugleich ist er ein durch die Verfassung constituirter, dessen Wille als Wille der Gesammtheit fingirt wird. So ist die Gesetzgebung eine formell selbstständige Rechtsquelle, nicht so das Bewufstsein des Juristenstandes.

Aber neben diesen beiden Quellen des Rechts, deren Product wir das Gewohnheitsrecht und das gesetzliche nennen, ergab sich noch eine dritte, sie ergänzende. Es findet sich, dafs der Richter auch bei der gröfsten Ausdehnung jener Rechte einer Ergänzung bedarf, ohne die er in sehr vielen Fällen keine Norm der Entscheidung haben würde. In solchen Fällen entnimmt er den anzuwendenden Rechtssatz aus den Principien des bestehenden Rechts; vermöge der vernünftigen Natur des Rechts mufs auch das als Recht gelten, was mit innerer Nothwendigkeit aus dem gegebenen Rechte folgt. Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, das gegebene Recht auf seine Principien zurückzuführen, und aus diesen jene nothwendigen Ergänzungen abzuleiten. So hat die Jurisprudenz nicht

Digitized by Google

blofs eine receptive, sondern wie jede wahre Wissenschaft eine productive Aufgabe, sie tritt selbst in die Reihe der Rechtsquellen. Ich habe das durch sie erzeugte Recht, welches nicht wie jene andern auf einer äufseren, sondern lediglich auf innerer Autorität beruht, und allein um der Wahrheit seiner Deduction willen gilt, das Recht der Wissenschaft genannt; auch der allgemeine Name des Juristenrechts ist darauf anwendbar, indem auch dieses Recht äufserlich in der theoretischen und praktischen Thätigkeit der Juristen sich darstellt. Den Unterschied aber zwischen dieser und der oben vorgekommenen Art des Juristenrechts überall sich gegenwärtig zu erhalten, ist von äufserster Wichtigkeit, da die gemeine Meinung und Praxis hier, als Praxis eines Rechts, das seinen Anspruch auf Geltung nur auf seine Wahrheit gründet, nie jene äufsere Autorität haben kann, wie bei dem Gewohnheitsrecht. Savigny hat den Ausdruck wissenschaftliches Recht schon für das Juristenrecht in jener ersten Bedeutung gebraucht. Ich mifsbillige diesen Sprachgebrauch theils aus dem Grund, weil jene oben berührte Function der Juristen mit ihrer Eigenschaft als Träger der Wissenschaft in keinem wesentlichen Zusammenhang steht, denn auch als blofsen Rechtskundigen, vor der Entstehung einer eigentlichen Rechtswissenschaft, kommt sie ihnen zu; theils weil er anzeigen soll, dafs der ganze productive Einflufs der Juristen auf das Recht entweder in jener Function beschlossen ist, oder dafs wenn auch die zweite eigentlich wissenschaftliche Function nicht geleugnet wird, sie mit jener nur eine und dieselbe Klasse der Rechtsbildung ausmacht. — Ich habe angedeutet, es sei ein Hinausgehen über den Standpunct der reinen historischen

Digitized by Google

Schule nothwendig gewesen, um zu dieser dritten Rechtsquelle zu gelangen. Dies wird einleuchten, wenn man erwägt, dafs diese Schule vorzugsweise der freien Seite des Rechts, denn dies eben ist die geschichtliche, sich zukehrt, seine logische oder vernünftige dagegen zwar nicht negirt, aber doch in den Hintergrund gestellt, und ihr weniger Einflufs, als ihr gebührt, zuerkannt hat.

Wie verhalten sich nun zu diesen Resultaten die Ansichten Beseler's? Wir werden eine erhebliche Abweichung derselben von jenen erwarten dürfen; schon der Umfang seiner Schrift spricht es aus, dafs ihr Verfasser eine eigenthümliche Auffassung der Sache zu geben gemeint ist.

Vor allem leugnet er den zuletzt erwähnten Schlufsstein der von der historischen Schule begonnenen Theorie der Rechtsquellen, er spricht der *Wissenschaft* die productive Kraft ab. Er begreift nicht, dafs die Deduction eines Rechtssatzes aus innern Gründen eine Production sei, da ja der aus dem gegebenen Recht und seinen Principien abzuleitende Rechtssatz implicite schon darin enthalten sei, die Wissenschaft erzeuge ihn so wenig, als der Bergmann das Erz, das er aus dem Innern der Erde auf die Oberfläche bringt. Wenn damit gesagt werden soll, dafs eine wahre Schöpfung nur die aus Nichts ist, so müssen wir dies freilich zugeben, aber dieser Wahrheit zugleich die Anwendbarkeit auf unsere Frage durchaus in Abrede stellen, da von diesem Gesichtspuncte aus überall von menschlichen Productionen, namentlich also auch von menschlichen Rechtsquellen nicht die Rede sein könnte. Der Künstler wird in dem Mafs gelobt, in welchem

Digitized by Google

ihm eine dem darzustellenden Gedanken so angemessene Gestaltung gelingt, dafs wir in ihr die ihm gleichsam angeborene und nothwendige Form zu erblicken glauben; in demselben Mafse aber würde seiner Thätigkeit das Prädicat des Schaffens zu versagen, dagegen der des Pfuschers beizulegen sein, dessen mulier formosa superne desinit in atrum piscem. Eben so würde ein Volk, das die ihm eingepflanzte Rechtsidee auf die dem Begriff des Rechts gemäfseste und der Natur der gegebenen Verhältnisse entsprechendste Weise bis in die kleinsten Fäden ausbildet, in Beziehung auf die schaffende Kraft niedriger stehen, als das (wenn es ein solches giebt), welches von einem unbeständigen, hin und herspringenden, dem Widersprechenden und Ungleichen zugeneigten Geist getrieben ein Recht zur Welt brächte, von dem kein Satz zu dem andern pafste.

Bleiben wir also, wie billig, überall in dem Kreis der menschlichen Erzeugungen stehen, so werden wir nicht anstehen zu sagen, dafs die Erde aus dem Samen das Gewächs, und eben so, dafs die Jurisprudenz die Rechtssätze hervorbringt, nach denen z. B. die eigenthümlichen Verhältnisse der Actiengesellschaft zu beurtheilen sind, die Entscheidung ferner der Frage, ob der Richter in einem constitutionellen Staat über die verfassungsmäfsige Promulgation eines Gesetzes zum Behuf seiner Anwendung zu urtheilen hat, der Frage, ob die Publication der Gesetze oder die Existenz eines Gewohnheitsrechts Gegenstand eines processualischen Beweises sein kann u. s. f. Diese Rechtssätze, werden wir sagen, da sie aus dem bestehenden Recht vermöge seiner vernünftigen Natur erschlossen werden, sind allerdings in ihm schon als Keime gege-

Digitized by Google

ben, dieser Umstand aber hindert nicht, den Act, wodurch sie erst zum Bewufstsein und aus ihrem unentwickelten Zustand zum actuellen Dasein gebracht worden sind, als Erzeugung derselben zu betrachten, und wenn uns jemand das Gleichnifs vom Bergmann und dem Erz entgegenhält, so wird das Einzige, was wir daraus lernen können, das sein, dafs er die wissenschaftliche Thätigkeit für eine mechanische hält und durch diese Vorstellung sich abgehalten sieht, ihre Productivität anzuerkennen.

In Beziehung auf diesen Schlufsstein des Systems der Rechtsquellen enthält also das uns vorliegende Werk nur eine rückgängige Bewegung, und zwar ohne von dem früheren Punct etwa wieder vorwärts zu gehen, an die Stelle der negirten Abschliefsung eine andere zu setzen, und so das praktische Bedürfnifs zu befriedigen, welches sich damit verbindet. Dieses besteht, wie oben schon angedeutet wurde, darin dafs wir durch die Unterscheidung eines doppelten Einflusses der Juristen auf das Recht in den Stand gesetzt werden, die Autorität der gemeinen Meinung und Praxis richtig zu würdigen. So ist der processualische Beweis des Gewohnheitsrechts Jahrhunderte lang ausschliefslich herrschende und in der Anwendung befolgte Ansicht gewesen. Ist sie Gewohnheitsrecht, so ist kein Richter befugt, davon abzuweichen; ganz anders, wenn sie (und so verhält es sich wirklich damit) eine Doctrin, ein lediglich auf innern Gründen beruhendes Recht ist. Hier würde jeder Richter, der die feste, wohlgegründete Ueberzeugung von ihrer Unrichtigkeit, ihrem Widerspruch mit den von dem richterlichen Amt und seinen Aufgaben geltenden Principien gewonnen hat, pflichtwidrig handeln, wenn er sie noch ferner anwen-

Digitized by Google

den wollte. Auch die wünschenswerthe Stabilität der Justiz wird so hinlänglich gewahrt; nichts ist entfernter von unserem Princip, als den Richter zu einer Wetterfahne zu machen, die sich nach jedem Wind einer neuen Lehre richtet; die neuen Entdeckungen wirklicher Wahrheiten sind nicht so häufig, dafs ihre Befolgung in jener Hinsicht irgend bedenklich werden könnte. Nach dem Standpuncte dagegen, den der Verf. sich gewählt hat, verschliefsen wir entweder den wissenschaftlichen Fortschritten die Thüre zur Praxis, was gerade jetzt keinen Rechtstheil empfindlicher treffen würde, als das einheimische deutsche Recht, oder wir öffnen einen so weiten Eingang, dafs durch ihn mit jenen auch eine Willkühr unaufhaltsam eindringt, die eben so eine Praxis, der ein wahrhaftes Gewohnheitsrecht zu Grunde liegt, für nichts achtet.

Der Mittelpunct der ganzen Schrift, und das, was vornehmlich neu zu sein scheint, ist die Meinung von dem, was wir Gewohnheitsrecht nennen. An die Stelle dieses setzt Beseler drei verschiedene Dinge, die er als Volksrecht, Gewohnheitsrecht, Juristenrecht bezeichnet.

Volksrecht wird bestimmt als das im Volk entstandene und in dessen Bewufstsein lebende Recht. Aus diesem Begriff scheint zunächst ein Gegensatz gegen das Gewohnheitsrecht und das gesammte Juristenrecht nicht hervorzugehen, man wird also wohl die Worte der Definition in einem ganz besondern Sinn verstehen sollen, und so ist es auch. Die Unterscheidung vom Gewohnheitsrecht wird ausdrücklich festgesetzt. Für das Volksrecht ist es gleichgültig, ob es in der Gewohnheit, der Uebung erscheine oder nicht. So also sollen wir das Leben im Bewufstsein

Digitized by Google

verstehen: es könnte sein, dafs eine schlechte Gewohnheit das Volksrecht von der Anwendung ausgeschlossen hätte; das ist für seine Existenz indifferent, genug dafs es im Bewufstsein des Volks existirt. Das ist nun wirklich eine neue Auffassung der Sache; ein anderes ist, ob dem gesunden praktischen Verstand dieses ideale, unnahbare Leben des Rechts einleuchten wird. Wir lassen dies jetzt noch dahingestellt, und verzichten auch auf die Frage, ob diese Erfindung nicht vielleicht blofs ein Mifsverständnifs oder eine Mifsanwendung der Wahrheit sei, dafs das Recht nicht durch die Gewohnheit entsteht, also seine *Entstehung* von der Gewohnheit unabhängig ist. Aber wir sind überhaupt noch nicht genug von dem Wesen dieses Volksrechts unterrichtet; dazu gehört, dafs wir erfahren, was unter Volk verstanden wird. Es war der bedeutendste Schritt zur wahren Theorie der Rechtsentstehung, dafs man aufhörte, das Volk in dem politischen Sinn der Regierten als die Quelle des ungeschriebenen Rechts zu betrachten, wie es lange in verschiedenen Gestalten geschehen war, dafs man das natürliche Ganze, die Nation, als Subject des Rechtsbewufstseins erkannte. Beseler hat die redliche Absicht, sich nicht von dieser wesentlichen Bedingung eines richtigen Verständnisses zu entfernen, er weist ausdrücklich die ältere Vermischung mit dem Inbegriff der Unterthanen zurück. Leider hat ihn dies nicht verhindert, mit dem Wort Volk doch auch wieder unversehens einen, in der vulgären Sprache nicht eben ungewöhnlichen, aber von dem der Nation wesentlich verschiedenen Begriff zu verbinden. Aus seiner ganzen Abhandlung geht nämlich hervor, dafs er unter Volk blofs das übrige Volk ohne

Digitized by Google

die juristisch gebildeten Glieder der Nation versteht. Zu seinem Volk, zu seiner Nation gehören allerdings nicht blofs die Bauern und der geringere Bürgerstand, wiewohl er eben so gut und mit derselben Unterstützung durch einen vulgären Sprachgebrauch auch diese Gränze hätte ziehen können, nein er rechnet auch die Gebildeten dahin, sogar den ganzen hohen Adel; nur die Rechtsgelehrten schliefst er aus, diese werden, man weifs nicht wie, durch die Wissenschaft, mit der sie sich befleckt haben, des unmittelbaren nationellen Rechtsbewufstseins ohne weiteres beraubt. Seine Ansicht läfst sich auch hier als ein Rückschritt zu einem früheren Standpunct bezeichnen, nur dafs er diesem eine andere Gestalt giebt. Sonst sollte das Volk gegen die Regierung, jetzt soll es gegen seine Juristen Front machen.

Man verstehe wohl, dafs hier nicht von einer Anzahl Juristen die Rede ist, die ihre Aufgabe schlecht erkennen und ausführen; es gilt von den Juristen als solchen überhaupt. Denn so unzufrieden unser Autor mit dem Juristenrecht in vielen Puncten ist, so ist er doch weit entfernt, über das ganze ein Verdammungsurtheil zu sprechen. Da wäre denn wohl eine gründliche Antwort auf die Frage am Ort gewesen, woher denn *diesem*, von seinen Juristen secedirenden Volk das Recht komme, in rechtlichen Dingen die ihm zugeschriebene eminente Stelle einzunehmen, statt wie Beseler es vorzieht, diese Berechtigung stillschweigend vorauszusetzen. Machen wir uns die Sache durch eine Analogie deutlich. Wie das Recht etwas nationelles ist, so giebt es auch Religionen, die diese Eigenschaft haben, es sind die heidnischen. Wenn nun hier jemand sagte, Volksreligion ist die im Volk ent-

Digitized by Google

standene und in seinem Bewufstsein lebende, in diesem Volk aber zählen seine Priester nicht mit, und wir schliefsen sie, wohl zu merken, nicht blofs aus, insofern sich nachweisen läfst, dafs sie durch falsche Auffassung oder Betrug die Volksreligion corrumpiren, sondern wir schliefsen sie absolut aus, weil sie Priester sind, und dieser Gegensatz von Volk und Priestern auch den vulgären Sprachgebrauch für sich hat, — so würde diese Ansicht für eine ziemlich verkehrte gehalten werden. Man setze aber statt Volksreligion Volksrecht, und statt Priester die „Priester der Themis", so hat man, wenn ich nicht irre, die Ansicht unseres Autors.

Mit der Erkenntnifs dieses Volksrechts steht es fast noch prekärer, als mit seiner Berechtigung. Diesem Punct ist ein besonderes Capitel gewidmet, dessen Inhalt jedoch die Schwierigkeit eher ins Licht zu setzen als zu heben geeignet ist. Die sicherste Erkenntnifsquelle einer Volksüberzeugung, ihre wirkliche Uebung in den vorkommenden Fällen, bleibt aufser Ansatz, da ja das Volksrecht von dem wirklichen Usus unabhängig sein soll. Das Volk selbst nun weifs natürlich sein Recht, das ist schon durch die Definition des Volksrechts gegeben; nach der gegenwärtigen Gerichtsverfassung wird dies allein nicht viel helfen; es müssen noch Andere diese Kenntnifs erlangen. Diese müssen suchen sich dem Volk zu nähern, bei ihm Erkundigung einziehen, dann von dem unmittelbar Erkundeten einen Schlufs auf das übrige machen u. s. f. Jene Kenntnifs wird nach Beseler der Advocat sehr leicht gewinnen können, nicht viel schwerer wird sie dem Unterrichter zufallen, sehr schwierig wird sie dem Oberrichter werden, „der fast nur mit

Digitized by Google

Acten verkehrt" (die Lage eines solchen Oberrichters mufs schrecklich sein, zumal wenn er es, wie hier vorausgesetzt zu werden scheint, von Geburt ist, — sie erinnert überdies an die Etikette der Märchen, welche die Könige mit Krone und Scepter zu Tische und zu Bette gehen läfst), fast ganz unmöglich wird sie dem Universitätsgelehrten — hoffentlich werden Ausnahmen statuirt werden, sonst würden wir dieses Buch nicht aus den Händen seines Verfassers haben erhalten können.

Es gehörte viel Eifer für die Sache dazu, dieses Capitel von der Erkenntnifs des Volksrechts zu schreiben, ohne die vollkommene Unbestimmtheit und Unsicherheit der darin gegebenen Anweisungen inne zu werden, die sich zuletzt in Allgemeinheiten verlaufen wie: es komme alles an auf den „unbefangenen, verständigen Sinn, den ungetrübten natürlichen Blick, den Eifer für das Wirkliche und Wahre", oder: man müsse „die rechte Mitte zwischen Zweifel und Glauben halten", eine Mitte, die sicherlich unter allen eine der unentdecktesten ist. Wenigstens von der praktischen Unzulänglichkeit seiner Regeln für den Richter scheint B. eine Ahnung gehabt zu haben, denn er sucht einen andern Ausweg, um seinem Volksrecht die Anwendung zu sichern. Das Einfachste scheint ihm, die Personen, welche seiner Meinung nach ausschliefslich das natürliche, eingeborene Bewufstsein desselben in sich tragen, in die Gerichte zu ziehen; zu diesem Zweck unterwirft er im neunten Capitel die gegenwärtige Gerichtsverfassung einer Kritik. Er behandelt darin vielerlei, was nicht zur Sache gehört, so z. B. die Geschwornengerichte, deren Einführung für sein Volksrecht indifferent ist, da die Geschwor-

Digitized by Google

nen nicht das Recht weisen, sondern auf das Factum beschränkt sind, — denn Uebergriffe in die Rechtsfrage, wie den Ausspruch des Nichtschuldig über einen vollkommen überwiesenen Angeklagten, wenn die Geschwornen das Gesetz für zu hart oder sonst ungerecht halten, wird er doch nicht in Schutz nehmen, oder zu Gunsten seines Volksrechts wünschen wollen. Da diese wichtige Frage durch die Verbindung mit seinem Gegenstand kein neues Licht erhält, da sie ferner nicht geeignet ist, so im Vorbeigehen und wie in einer Anmerkung discutirt zu werden, so wäre es sicher wünschenswerth gewesen, wenn er seinen Ansichten über diesen und verwandte Puncte die der Sache zu Gute kommende Form einer besonderen Erörterung hätte geben wollen. Es ist kaum anders zu erwarten, als dafs bei einer solchen desultorischen Behandlung überdies von Fragen, die nicht in die Specialstudien des Autors einschlagen, Ungenauigkeiten mit unterlaufen. Eine Aeufserung aber hat noch einen andern Charakter als den einer theoretischen Ungenauigkeit, es ist die Behauptung, dafs in Deutschland thatsächlich eine allgemeine Mifsstimmung gegen die mit Juristen besetzten Gerichte verbreitet sei. Sei es, dafs wir diese Aeufserung nebst einigen andern als Gunst suchende Gefälligkeit gegen eine politische Partei betrachten, oder, was wir lieber wollen, dem leidenschaftlichen Eifer unseres Autors für seine Volksrechtsidee zuschreiben, immer bleibt es ein in seiner Stellung schwer zu entschuldigender Leichtsinn, eine solche Thatsache ohne den Schein eines Beweises zu behaupten. Denn dafs sie „dem aufmerksamen Beobachter auch bei der Unvollkommenheit der Organe, welche bei uns die öffentliche Meinung hat, nicht ent-

Digitized by Google

gehen könne", wird wohl nicht als Beweis gelten sollen. Allerdings ist es ein Fluch der Censur, dafs für die Phantasie derer, die nur über die Zeitungsblätter weg in das Leben sehen, hinter jeder Aeufserung des Mifsvergnügens eine unübersehbare Schaar anderer noch viel gewaltigerer steht, die nur nicht den Schlagbaum haben passiren dürfen, aber mit einiger Ueberlegung möchten selbst diese finden, dafs wenn überall, doch nur ausnahmsweise die Censur Aeufserungen der Unzufriedenheit mit der in den Gerichten vorherrschenden Rechtsgelehrsamkeit zu unterdrücken sich veranlafst sehen würde. Ich getraue mir nach meinen Erfahrungen in drei deutschen Ländern zu behaupten, dafs im allgemeinen unter allen möglichen Gegenständen einer Unzufriedenheit im Volk die Personen der Richter und ihre Eigenschaft als Rechtsgelehrter einer der allerletzten ist, dafs selbst in Zeiten eines wachsenden, vielfach genährten Mifstrauens die Gerichte ihre Ehre bei dem Volk nicht am wenigsten bewahrt haben.

Lassen wir aber diesen Punct ruhen, bis es dem Autor gefallen wird, seine Erfahrungen, durch die er sich zu der in jener Behauptung liegenden Anklage berechtigt hielt, mitzutheilen, und wenden uns zu der Gerichtsreform, die er, um für sein Volksrecht dem Mangel der Erkennbarkeit abzuhelfen, in Vorschlag bringt. Sie besteht darin, dafs die Gerichte neben den Juristen, die er selbst für unentbehrlich hält, Beisitzer aus dem Laienstand d. h. aus dem, was *er* Volk nennt, erhalten. Das Mifslingen eines solchen Versuchs in den würtembergischen Oberamtsgerichten schreckt ihn nicht ab, dagegen legt er ein grofses Gewicht auf den Erfolg, den gemischte Handelsgerichte

Digitized by Google

gehabt haben, wobei er vergifst, das bedeutende Standesinteresse, welches dieser Einrichtung eine nachhaltig auf alle einzelnen Glieder des Standes wirkende Kraft zu geben vermag, in Anschlag zu bringen. Schlüge er sonstige Specialgerichte vor z. B. Adelsgerichte, Bauerngerichte, für Rechtsverhältnisse, bei denen der Stand selbst sich afficirt findet, so würde ich wenigstens, der ich die innere Lebendigkeit und den Erfolg solcher Einrichtungen an einzelnen Beispielen aus unmittelbarer Anschauung zu erfahren Gelegenheit gehabt habe, diese Berufung für vollkommen zuläfsig halten. Aber zu erwarten, dafs der Bauer (wenn er nicht etwa ein schlechter Hauswirth ist, aus welcher Classe die s. g. Bauerkönige, Baueradvocaten, die ewigen Gerichtsläufer und Gerichtsbeisteher zu erwachsen pflegen, die denn auch mit Vergnügen einen Sitz annehmen würden, den man ihnen jetzt nicht anzubieten gewohnt ist), zu erwarten, dafs der tüchtige Handwerker und Fabrikant, dafs der Kaufmann bei gemeinen Gerichten sich Jahr aus Jahr ein mit lebendigem Eifer betheiligen, dafs sie für die Idee eines Volksrechts ihre Sinnen und Gedanken, und was mehr ist, ihre Zeit einsetzen werden, das ist mehr als einem Erfahrenen zugemuthet werden kann, es ist reine Schwärmerei. Wenn nun schon aus diesem Grund die Wiederbelebung der Schöffengerichte ohne Zweifel eine todte Geburt sein würde, so stellt sich noch aufserdem durch die dabei nöthig befundene Verkleinerung der Gerichtsbezirke und mithin Vermehrung der Gerichte, die alle collegialisch sein sollen, mit ihrer Vergröfserung der Kosten für die zu besoldenden Justizbeamten, für die Gerichtslocalitäten u. s. f. und mit der in demselben Verhältnifs zunehmenden Unmöglichkeit, unbesoldete Laienrichter zu finden, deren son-

Digitized by Google

stige Geschäfte das ihnen angemuthete Opfer zulassen, der ganze Plan so ungünstig dar, dafs man wohl dem nicht zürnen dürfte, der ihn für einen der unpraktischesten hielte, die je aus der Feder eines Gelehrten geflossen sind.

Man braucht nicht für ein Volksrecht, wie es unser Autor im Sinne hat, zu schwärmen, man braucht ferner nicht zu denen zu gehören, welche die untergegangenen Schöffengerichte mit der Wehmuth eines Erwachsenen betrachten, dem bei dem Anblick seiner Kinderkleider die glücklichen Tage von Ehemals ins Gedächtnifs kommen, der aber darum doch nicht sie dadurch zurückzubringen meinen wird, dafs er seinen ungefügen Leib in sie zu pressen versucht, — man könnte in der That mit dem blofsen Verstand und von dem Standpuncte der gegenwärtigen Zweckmäfsigkeit aus eine solche Einrichtung der Gerichte für wünschenswerth halten, nur wird man dann seine Wünsche auf das praktisch Erreichbare beschränken. Für das Volksrecht Beseler's allerdings ist die Unausführbarkeit seiner Volksgerichte ein Todesurtheil, und dies ist ein Punct, worin die praktische Erwägung mit der theoretischen Kritik des Begriffs vollkommen zusammentrifft.

Das *Gewohnheitsrecht*, glaubt B., sollte freilich der Ausdruck des Volksrechts sein, aber dies sei nicht immer wirklich der Fall, es habe sich oft unvolksthümlichen Tendenzen geöffnet, und sei dem Volksrecht häufig feindlich gegenübergetreten.

Nach der gereinigten Lehre vom Gewohnheitsrecht ist dies unmöglich, entweder liegt der Gewohnheit eine nationelle Rechtsüberzeugung zu Grunde, dann mag sein Inhalt allerdings dem was das eine oder andere Individuum nach seiner subjectiven Einsicht für volks-

Digitized by Google

thümlich hält, entgegen, aber dadurch hört es nicht auf vox populi zu sein, oder die Gewohnheit ist ein blinder Schlendrian, oder auch blofs die Uebung einer doctrinellen Ansicht, dann enthält sie gar kein Gewohnheitsrecht. Wie kommt nun B. zu einem Conflict mit dem Volksrecht? Sehr einfach dadurch, dafs er das für die Autorität der Gewohnheit gewonnene Princip aufgiebt, und zu der vernunftlosen Vorstellung zurückkehrt, das Recht entstehe durch Gewohnheit wie durch eine Art von Verjährung. Er versichert, „gewissermafsen" habe seine Schrift von dieser Vorstellung ihren „eigentlichen" Ausgang genommen, und wirklich ist bei manchen ihrer Resultate eine solche Abstammung ganz und gar nicht unglaublich. Vielleicht indessen hat doch auch umgekehrt die Volksrechtsgrille auf die Umkehr zu dem Grab jener älteren Meinung einigen Einfluſs gehabt. Gar manches, was als gültiges Volksrecht in Anspruch genommen werden soll, widerspricht dem wahren Volksrecht, das mit dem Gewohnheitsrecht identisch ist; da war es eine bequeme Auskunft, das letztere um seine Ehre zu bringen, und zu etwas zu machen, was Irrthum und Verkehrtheit anfangen, Blindheit und geistige Beschränkung fortsetzen und die blofsen sich abrollenden Tage vollenden mögen. Es als kopflose Mifsgeburt darzustellen, scheint mir ein Kunstgriff unseres Autors, damit wir für die Schönheiten *seines* Volksrechts desto empfänglicher würden, die Fundamente unseres sicheren Wohnhauses sucht er wegzunehmen, damit die Desperation uns in die weitgeöffneten Pforten seines Luftschlosses treibe. Er lobt den Theil meines Buchs, der die frühere Lehre vom Beweis des Gewohnheitsrechts bestritten, und ihr die Anleitung zur wahren praktischen Behandlung substituirt hat, aber ich kann

Digitized by Google

redlicher Weise von seinem Standpunct aus das Lob nicht annehmen. Denn wäre das s. g. Gewohnheitsrecht wirklich nichts als ein durch Gewohnheit *entstandenes* angebliches Recht, wäre dem Volk damit die Schmach auferlegt, blofs und allein darum, weil man etwas bisher als wahr angenommen, es auch für alle Zukunft so annehmen zu müssen, wäre jenes Recht eine Kette, die in den einzelnen Acten der Uebung von Glied zu Glied entstünde, bis sie endlich mit einem dreifsigsten, oder vierzigsten, oder hundertsten Glied fertig und um den armen Sclaven geschlungen wäre, wäre endlich der allgemeine Wille, der sich in dem Gewohnheitsrecht ausspricht, zu einer blofsen Rechtsbefugnifs degradirt, die durch Verjährung entstehen mag, so würde ich meine Ansicht stehenden Fufses widerrufen, und es für ganz gerecht halten, dafs man dem ein solches Pseudorecht Allegirenden denselben Beweis auferlege, den man von jedem, der eine Verjährung für seine Ansprüche anführt, fordert. Ueberhaupt bin ich so stolz, einen gewissen Grad von systematischem Zusammenhang in meinem Buch vorauszusetzen, und zu glauben, dafs man nicht das Princip beliebig verwerfen, die Consequenzen aber bestens acceptiren könne.

Das *Juristenrecht*, soweit es nicht auf reiner wissenschaftlicher Deduction beruht, wird in der vorliegenden Schrift wie ein Schiff auf stürmischem Meer bald hoch in den Lüften getragen, bald von einem Abgrund verschlungen. Zuvörderst wird ihm eine ganz selbstständige Stellung eingeräumt, der Juristenstand erscheint wie ein gesetzgebender Senat, der bald ohne Umschweif das Recht dictirt, wie dies bei den römischen Juristen der Fall gewesen sei, bald freilich für seine Erfindungen der Gewohnheit sich bedienen mufs,

Digitized by Google

um auf diesem dunklen Schleichhändlerweg seine Waare über die Gränze zu bringen; diese würdige Methode soll vornehmlich die der deutschen Juristen gewesen sein. So haben sie gleich von vorn herein das ganze römische Recht, und nachher wieder eine Masse von Modificationen, den usus modernus dieses Rechts, wie Novellen zu einem Gesetzbuch, eingeschleppt. Denn dafs irgend einmal eine nationelle Regung existirt hätte, auf welche jenes grofse Ereignifs zurückgeführt werden könnte, daran ist natürlich gar nicht zu denken, — so wenig wie bei unsern Constitutionen, von denen niemand behaupten wird, dafs sie auf deutschem Boden gewachsen sind. Was mufs es denn wohl gewesen sein, das die ersten Deutschen in bedeutender Zahl nach Bologna getrieben hat? waren es vielleicht die Seelen der künftigen deutschen Juristen, die damals schon in andern Leibern ihr Unwesen trieben? Halten wir uns aber bei dieser kleinen Schwierigkeit des Verhältnisses von Ursache und Wirkung nicht auf, so sieht man wohl, es ist ohngefähr die Heineccius'sche Ansicht vom prätorischen Edict und seinen Fictionen, und sie gereicht dem deutschen Volk eben so zur Ehre, wie diese dem römischen; in beiden Fällen wird ein ziemlich grofser Grad Stupidität in dem Volk vorausgesetzt, das diesen Usurpationen geduldig zusah, bis ihm das Netz ganz über die Ohren gezogen war. Denn dafs das Volk die Macht gehabt hätte, dem Unfug zu steuern, wenn ihm nur so viel Verstand beschieden war, etwas davon zu merken, ist nicht zu bezweifeln, da selbst zu der Beseler'schen Nation auch die Souveräne, der hohe und niedere Adel gehören. Aber B. hält jene Rechtmacherei der Juristen eigentlich nicht für eine Usurpation; obgleich es besser wäre, wenn es gar keine Juristen gäbe, so kommt ihnen

Digitized by Google

doch, nachdem sie einmal da sind, jene Gewalt von Rechtswegen zu. Denn er billigt ausdrücklich die Ansicht Maurenbrecher's, diese aber ist keine andere, als jene alte verkommene Lehre von der communis opinio doctorum und ihrer äufseren grundlosen Autorität. Dahin also werden wir zurückverschlagen; Erzeugung von Rechtssätzen durch juristische Consequenz und Analogie, theoretische Irrthümer, praktische Mifsgriffe, Reflexionen nationeller Rechtsanschauungen, alles wird in eine Masse zusammengeknetet, mit dem Stempel des Juristenrechts legitimirt und uns als unzerreifsbare Fessel aufgedrungen, bis vielleicht ein mitleidiger Gesetzgeber sich unseres Elends erbarmt. Dafs diese durch unsern Autor von der Nation ausgeschlossenen Juristen „*zuweilen* ein Organ des Volksrechts gewesen sind, oder doch eine vernünftige Rechtsbildung befördert haben, soll gar nicht geleugnet werden, aber dies ist wahrlich *nicht immer* (nach dem „bisweilen" eine fast überflüssige Cautel) der Fall gewesen, und an und für sich etwas Zufälliges, aus welchem die Berechtigung zu einer solchen Machtvollkommenheit nicht hergeleitet werden darf". Und nun schliefst sich doch auch wieder der unvernünftigen Autorität der communis opinio die unvernünftige Gewohnheit freundlichst an: „die Gewohnheit hat diesem Treiben der Juristen die rechtliche Sanction gegeben".

Damit indessen die Juristen auf ihre „Machtvollkommenheit" nicht hochmüthig werden — denn solchen Leuten liefse sich wohl die Freude selbst an einer unvernünftigen Gewalt zutrauen — so wird ihnen auf der andern Seite ein Spiegelbild vorgehalten, vor dem sie zum Tod erschrecken können. Vieles davon hat schon der Redner pro Murena gesagt; wie er dazu kam, da er Juristen im Auge hatte, die noch keinen besondern

Digitized by Google

Stand bildeten, überhaupt römische Juristen, denen Beseler alles das zuerkennt, was er den unsrigen abspricht, ist freilich kaum zu erklären. Man könnte durch die Vergleichung der heutigen Philippica mit jener römischen sogar auf den Gedanken kommen, auch bei unserem Redner, wie Cicero von seiner Rede entschuldigend sagte, möchte wohl manches apud imperitos dictum, aliquid etiam coronae datum, und die Sache nicht so schlimm sein, wenn nicht etwa die Ciceroniana eine untergeschobene, und eben so wie die Beselerische auf die deutschen Juristen gemünzt ist.

Einige Vorwürfe sind nicht ganz klar. Zwei Uebelstände sollen als schwere Last auf der deutschen Jurisprudenz liegen, und den Charakter des deutschen Juristenrechts bestimmen: todte Gelehrsamkeit und dem Leben entfremdete Theorie. Man hat diesen Vorwurf wohl eher gehört, um eine angeblich geringe Wirkung der Juristen auf das Leben zu erklären, hier aber werden diesen todten Gelehrten und leblosen Theoretikern ganz ungeheure Wirkungen, wie z. B. die Einführung des römischen Rechts, zugeschrieben. Das ist ein Mysterium, wenn wir nicht annehmen, dafs jene todte Gelehrsamkeit und haarspaltende Theoriesucht wirklich zugleich eine Seite des deutschen Volkscharakters ist, so dafs dann eben in diesen Eigenschaften die Juristen sich als ächte Kinder ihres Volks bewährt und eben deshalb auch einen immensen Einflufs auf sein Recht gewonnen haben. Und in der That, wenn jene wirklich so allgemeine Eigenschaften der deutschen Juristen sind, woher sollten sie insgesammt sie denn bekommen haben, so sie nicht ein mütterliches Erbtheil sind? Wären dagegen blofs die Auswüchse der Gelehrsamkeit gemeint, so sollte man doch kaum glauben, dafs die Abhandlungen über das jus

Digitized by Google

civile papirianum, über die obvagulatio, über den antestatus, über lanx und licium, und andere amoenitates iuris romani et germanici sehr erheblichen Schaden in der Praxis angerichtet hätten. Dafs ferner die Juristen „aufser Zusammenhang mit dem ursprünglichen deutschen Rechtsleben gekommen sind", ist in demselben Grade wahr, in dem es auch von dem ganzen Volk gilt; dafs aber das deutsche Gerichtswesen die Juristen von der Anschauung und Durchdringung der Lebensverhältnisse entfernt halten mufs, ist eine Behauptung, die jedem, der in Gerichten auch nur vorübergehend gelebt hat, höchst wunderlich vorkommen mufs. Meint B. einzelne Gelehrte, die von der ihnen überall offenstehenden Gelegenheit keinen Gebrauch gemacht haben, so trägt das Gerichtswesen daran keine Schuld, und jene würden unter jeder andern Form desselben eben so ausschliefslich ihrer Studierlampenneigung nachhängen. Ich bin nie auf eine erhebliche Schwierigkeit gestofsen, die dem die lebendige Anschauung dieser Dinge suchenden Gelehrten entgegengestellt würde, und auch er würde wohl, wenn er gleich in seiner nächsten Umgebung den Versuch machen wollte, dieselbe Erfahrung machen können. Wie ungerecht ist es endlich, wenn er uns in den stärksten Ausdrücken „die Menge von nichtsnutzigem Plunder, oberflächlichen Salbadereien, Abgeschmacktheiten und Irrthümern in dem Wust der deutschen juristischen Literatur" vorführt, ohne die Schreibseligkeit unserer Nation in Anschlag zu bringen, und ohne zu bedenken, dafs jedes andere Fach der Literatur, wenn nicht mehr, doch gewifs nicht weniger „Kanonenfutter" aufzuweisen hat. Es ist übrigens ein eignes Ding mit solchen Verdammungen; gewöhnlich kommen sie weit hinter der eigentlichen Blüthezeit der

Digitized by Google

Sünde; nachdem wir uns, wie ich hoffe, zu einem besseren Lebenswandel aufgerafft und, wenn gleich noch in mancherlei Schwachheit, angeschickt haben, müssen wir uns die Flüche um die Ohren donnern hören, die kein Mensch unsern in der Sicherheit ihrer Laster einherschreitenden Vorfahren zugerufen hat, und unser Autor gleicht in etwas den Predigern, die ihren fleifsigen Zuhörern die Ermahnungen halten, welche auf die wegbleibenden Verächter berechnet sind.

Ich behaupte keineswegs, der gegenwärtige Zustand der Jurisprudenz sei von der Beschaffenheit, dafs ich und Andere uns nicht manche Vorwürfe mehr oder weniger zu Herzen nehmen sollten, und gewifs wird der Bufsredner selbst nicht unterlassen, vor seiner Thüre zu kehren. Nur Eines bitte ich, er möge nicht auf seiner Ansicht vom Volksrecht als unfehlbarem Mafsstab sowohl unserer, als insonderheit auch seiner eignen Thätigkeit bestehen; denn das möchte den Gewissenhaften zu unerträglicher Beschwerung gereichen, die Andern aber möchten es auf Muthwillen und Willkühr ziehen, und uns statt „des Reichs gemeine Recht, Landesordnungen und löblich hergekommene redliche Gewohnheiten" ihr eigenes „Gutdünken, eines jeden erwogene Billigkeit, oder eigen fürgenommen und nicht dem Rechten gemäfs informirten Gewissen" neben einbringen, und würde der neue Schaden fast ärger sein, als der alte Buchstabendienst.

Dagegen, was ihm zuletzt noch zu einer eindringlichen Schlufsvermahnung Anlafs giebt, dafs es „freilich kein geringes Verlangen ist, welches an einen ganzen Stand gestellt wird, auf die ausschliefsliche Macht einer hergebrachten Herrschaft zu verzichten, und sich mit dem Einflufs zu begnügen, welchen die gröfsere Kunde und Tüchtigkeit nach dem Mafs ihres

Digitized by Google

innern Werthes ertheilen", so dafs „für engherzige und selbstsüchtige Seelen ein solches Opfer unerschwinglich scheinen mag", ist wohl kaum (wenn überall diese peroratio nicht etwa eine lex erratica ist) ein erhebliches Hindernifs zu nennen. Von jener „Herrschaft" des ganzen Standes, welche Bewandtnifs es auch damit haben möge, fällt jedenfalls ein so unbemerkbar kleiner Antheil auf die einzelnen Glieder, dafs manche dieses Besitzthums wahrscheinlich jetzt erst durch Beseler inne werden, und schwerlich ein Jurist sich weigern wird, es gegen die von jenem gebotenen Güter zu vertauschen.

Fassen wir noch einmal die in dem vorliegenden Werk vorgetragene Ansicht in zwei Worte zusammen, so geht es für Gewohnheits- und Juristenrecht auf einen früheren Standpunct zurück, von dem aus sie weder theoretisch gerechtfertigt werden, noch eine vernünftige praktische Anwendung finden können. Für diesen Verlust bietet uns der Autor ein s. g. Volksrecht, dessen Erkenntnifs keiner nur einigermafsen bestimmter, zuverlässiger, dem Verstand genügender, dem praktischen Bedürfnifs entsprechender, die Unterscheidung des wirklichen Nationalbewufstseins von blofsen individuellen Wünschen und Zuträglichkeiten, oder theoretischen Prädilectionen und Einbildungen garantirender Regeln fähig ist. Und wie ist er zu diesem willkührlichen Begriff vom Volksrecht und seinen Gegensätzen gekommen, oder wie ist es geschehen, dafs er daran hängen geblieben ist? Ich glaube, unter anderm durch Vernachlässigung der ersten Regel für den, der sich eines so vieldeutigen Worts, wie Volk es geworden ist, bedient, nämlich sich in jedem Moment genau über die Bedeutung desselben Rechenschaft zu geben. Wäre ihm aufgegeben worden, sich

Digitized by Google

überall des weniger proteusartigen Worts Nation zu bedienen, vielleicht wären zwei Drittheile seines Buchs oder mehr ungeschrieben geblieben.

Da er nun alles ungeschriebene Recht um seinen innern Halt bringt, und ihm nichts davon übrig bleibt, als die unbegründete Macht eines Juristenstandes, sodann die angebliche Macht einer Negation der Jurisprudenz, der reliqua multitudo, die ihm ausschliefslich das Volk ist, endlich die unvernünftige Macht der principienlosen Gewohnheit, so darf man sich nicht wundern, dafs er sich zuletzt einer formellen Autorität in die Arme wirft, und die Functionen der Gesetzgebung in demselben Mafse erhöht, als er das ungeschriebene Recht erniedrigt hat. Der Erfahrene konnte schon bei dem Auslauf und den ersten Bewegungen des Schiffleins voraussehen, dafs es in diesen Nothhafen einzulaufen sich genöthigt finden würde.

Dessenungeachtet bleibt es immer ein merkwürdiger Anblick, zu sehen, wie ein jüngerer Gelehrter, der eine wissenschaftlich bildende Kraft in sich fühlt und diese auch schon bethätigt hat, die Codification, d. h. die gesetzliche Hervorbringung eines Rechtssystems, vertheidigt; wie er das, was die Wissenschaft in freier Thätigkeit schaffen soll, der äufseren Autorität des Gesetzgebers überliefert, wie er den Zufluchtsort der Kraftlosigkeit und Geistesarmuth in Anspruch nimmt, und in den Orden tritt, dessen Gelübde einen Verzicht auf geistigen Erwerb, Zeugung, und eigene Einsicht in sich schliefsen. Noch merkwürdiger ist diese Erscheinung bei einem Germanisten, der nicht wie ein Romanist die Gewohnheit eines geschriebenen Rechts, das Manche fälschlich für eine Codification gehalten oder so behandelt haben, zur Entschuldigung hat, der aus dem freien grünen Wald und Feld in die mönchi-

Digitized by Google

schen Mauern sich verkriechen, statt des dem Lerchengesang gleich in die Lüfte steigenden Jagdlieds in fröstelnder Kellernacht die Hora singen will, und der jetzt in diesen späten Tagen nach dem angebissenen Apfel greift, den die civilistische Eva vorlängst weggeworfen hat.

Was in aller Welt sollen uns bei dieser Frage die alten Gesetzgeber, die er heraufbeschwört als Muster, wie das politische Genie durch die That des Gesetzes und energischer Reform sein Volk vorwärts und dessen Kräfte in die rechte Bahn bringt, und für die, nicht für die Juristen, der Spruch gelten soll: etenim qui ex errore imperitae multitudinis pendet, hic in magnis viris non est habendus, was soll uns die Berufung auf Karl den Grofsen und Luther? Wie kommen diese Männer zur Codification? Jener hatte zu viele sachliche Gedanken, um in der blofsen Form eines das ganze Rechtssystem einschliefsenden Gesetzbuchs einen Ruhm zu suchen, und diesem fiel es niemals ein, eine Dogmatik zu schreiben und von der Kirche als Gesetz annehmen zu lassen.

Man sagt, die Irrthümer der Gelehrten seien lehrreich, nur nicht immer für sie selbst, so dafs man in dieser Sphäre gegen das Sprichwort eher durch fremden als durch eigenen Schaden klug wird. Ich kann den Wunsch nicht unterdrücken, dafs der Verf. des beurtheilten Werks eine Ausnahme zu machen sich entschliefsen möchte; und das Wohlwollen für seine Person selbst, die Achtung vor seinem Talent, die Erwartung von seiner künftigen Thätigkeit, die zunächst für betheiligt zu halten ist, könnten, wie ich glaube, keinen bessern Wunsch zum neuen Jahr erfinden.

Berlin, gedruckt bei J. F. Starcke.

Digitized by Google

Google

Digitized by Google